Diss. Erlangen
1896
W. Pauluo.

# Natur

der sogenannten

# Negotia claudicantia

nach

**Römischem Recht.**

---

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der juristischen Doktorwürde**

vorgelegt der

juristischen Fakultät

der

Königlich Bayerischen Universität Erlangen

von

**Walther Paulus,**

Kammergerichtsreferendar.

---

Berlin 1896.

*43799

# Natur

der sog.

# Negotia claudicantia

nach

## Römischem Recht.

**Walther Paulus,**
Referendar.

Meinen lieben Eltern gewidmet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543506_0069

# Inhaltsübersicht.


## Einleitung.

Anwendung und Ursprung des Namens. Die ihm zugrundeliegende Idee.

## Allgemeiner Teil.

§ 1. Welche Rechtsgeschäfte sind hierherzurechnen?
§ 2. Liegen außer den in den Quellen erwähnten Fällen noch andere vor?
§ 3. Die über die Natur solcher Geschäfte aufgestellten Ansichten:
A. Theorie einer einseitigen Nichtigkeit
B. Theorie einer einseitigen Nichtigkeit
I. Die Kellersche Theorie
II. Die Annahme einer Naturalobligation des Nichtverpflichteten
III. Die Arndts-Windscheidsche Theorie
und deren Unterschiedlichkeit.

## Spezieller Teil.

§ 4. Zweiseitige Rechtsgeschäfte des sine tutoris auctoritate handelnden Pupillen.
§ 5. Zweiseitige Rechtsgeschäfte der Hauskinder und Sklaven.
§ 6. Kauf einer res aliena, deren diesbezügliche Eigenschaft nur dem Verkäufer unbekannt war.
§ 7. Kauf einer vor Abschluß des Kaufvertrages ohne Wissen beider Kontrahenten ganz oder doch zum größten Teil untergegangenen Sache.

## Anhang.

§ 8. Modifikationen des gemeinen Rechts.

# Litteratur.


Corpus Juris Civilis: (J. D. C.).
Corpus Juris Canonici: (X.).
Gaius: Institutionen.
Ulpian: Fragmente (XI. XIX.).
Martinus: In glossam ad l. 25 de Fidejuss.
Donellus: Comment. lib. XII. cap. 22.
Cujacius: liber V. Quaest. Paul. ad l. 7. § 1. de resc. vend.
Arndts: Pandekten.
Brinz: Pandekten.
Dernburg: Pandekten.
„ Compensation.
Fritz: Erläuterungen zu Wening-Ingenheims gem. Zivilrecht.
Puchta: Pandekten.
Savigny, von: System.
„ Obligationenrecht.
„ Schutz der Minderjährigen im röm. Rechte.
Wächter, C. G. von: Pandekten.
Windscheid: Pandekten.
Vangerow, von: Pandekten.
Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht.
Glück: Kommentar (IV. XVI.).
Unterholzner: Schuldverhältnisse.
Mandry: Das gemeine Familiengüterrecht.
Westphal: Lehre vom Kauf.
André: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht.
Roßhirt: Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht.
Weber: Natürliche Verbindlichkeit.

Schultze: Handbuch des kathol. Kirchenrechts.
Rudorff: Recht der Vormundschaft.
Kraut: Vormundschaft nach deutschem Recht.
Lenel: Das Edictum Perpetuum.
Pernice: M. Antistius Labeo.
Gradenwitz: Interpolationen in den Pandekten.
Guyet: De matrimonii invalide contracti renovatione. Heidelberg 1830.
Keller: Über Exceptiones, in den Jahrbüchern des gemeinen Rechts: Bd. IV.
Brandis: Über absolute und relative Nichtigkeit, in Lindes Zeitschrift: Bd. IV.
Tiktin: De natura bilateralium obligationum. Berlin 1868.
Gürgens: De contractibus claudicantibus. Berlin 1868.

# Einleitung.

Seit der Zeit der Glossatoren hat man gewisse zweiseitige Rechtsgeschäfte „negotia claudicantia“ genannt[1]).

Obwohl man aber im allgemeinen das Moment des Hinkens darin sieht, daß der eine Teil aus dem zweiseitigen Geschäft verpflichtet wird, der andere nicht, herrscht Streit inbetreff der Frage, bei welchen in den Quellen behandelten Rechtsfällen dies Erfordernis vorliege. Der eine rechnet dies, der andere jenes hierher — ganz nach seiner Interpretation —, und schon deshalb kann von einer gleichmäßigen Erklärung solcher Geschäfte keine Rede sein.

Die Quellen selbst kennen den Ausdruck, um dessen Tragweite es sich hier handelt, nicht, und da natürlich niemals festzustellen ist, in welchen Fällen die römischen Juristen ein hinkendes Geschäft angenommen und vielleicht durch einen diesbezüglichen Zusatz jeden Streit überflüssig gemacht hätten, so erscheint es als das beste, die dem Ausdruck zu Grunde liegende Vorstellung zu untersuchen. In der Annahme, sie müsse auf den einzelnen Fall passen, wird sich der Umkreis dieser Geschäfte ganz natürlich begrenzen.

Die dem Ausdruck „negotium claudicans“ innewohnende Vorstellung ist aber folgende:

Gleichwie ein Mensch, der auf einem Beine lahmt, infolge dieses Gebrechens, im Gegensatz zum Gesunden, an seiner normalen

[1]) Glossa ad legem 13. § 29. D. de actione empti et venditi 19, 1. — Cujacius sagt: „Emptio claudebat, quia ex uno latere tantum consistebat“. libr. V. Quaest. Paul. ad legem 7. § 1 de resc. vend. 18, 5.

Fortbewegungsfähigkeit wider Willen gehindert ist, so ist auch das hinkende Rechtsgeschäft in seiner Fortbewegungsfähigkeit, d. h. in der Fähigkeit, eine normale Verpflichtung zu erzeugen, beschränkt und zwar durch ein außerhalb des Willens der Parteien liegendes, im Gesetze seinen Ursprung nehmendes Manko. Das Rechtsgeschäft ist ein krankes gegenüber dem gesunden, es ist in seiner natürlichen gleichmäßigen Wirkung gehemmt, und deshalb heißt es ein „negotium claudicans“ [2]).

Unter diesen Begriff fallen also alle zweiseitigen Rechtsgeschäfte, die ihrer regulären Wirkung, der gleichmäßigen beiderseitigen, vollen Verpflichtung für das Übernommene, aus einem Rechtsgrunde ermangeln[3]). Infolgedessen ist auch für die in den Quellen etwa vorkommenden Ausdrücke: „alter obligatur“ — „alter non obligatur“ mehr auf die Interpretation der römischen Auffassung von der Natur derartiger Geschäfte, als auf die Begriffsbestimmung derselben Gewicht zu legen. Ein negotium claudicans läge ebenso vor, wenn der eine Teil aus dem Vertrage „minus obligatus“ wäre, als wenn er „non obligatus“ ist.

---

[2]) Das Wirkungslose kann darin liegen, daß auf der kranken Seite jede Verpflichtung fehlt, der Gegner also aus dem Vertrage weder ein Klagerecht, noch sonstige Rechte erhält; aber auch darin, daß die Haftung auf der einen Seite nur beschränkt ist (vgl. hierzu unten § 1. II).

[3]) Hiernach ist also der Begriff keineswegs auf synallagmatische Verträge einzuengen, wie es z. B. Dernburg, Pandekten § 20. — Brinz, Pandekten 1895. Bd. IV. § 587. I, 2, b thun. Allerdings ist bei anderen zweiseitigen Rechtsgeschäften, wie der letztere meint, die Entwicklung von Wirkungen nicht notwendig, sondern liegt nur im Bereiche der Möglichkeit; würde denn aber beispielsweise ein Mandatsvertrag nicht „hinken“, wenn aus einem gesetzlichen Grunde einer der beiden Kontrahenten für seine Pflichten aus demselben nicht voll einzustehen brauchte?! —

# Allgemeiner Teil.

## § 1.

Folgende Fälle sind hierher gerechnet worden:

### I. Die zweiseitigen Rechtsgeschäfte des „sine tutoris auctoritate“ handelnden Pupillen.[4])

Am deutlichsten spricht:

l. 13. D. § 29. de act. empt. vend. 19, 1: Ulpianus libr. 32. ad Edictum:

„Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit obligatus est pupillo; pupillum sibi non obligat“[5]).

Die Erfordernisse des negotium claudicans liegen hier unzweifelhaft vor; denn auf seiten des Pupillen kommt keine Verpflichtung aus dem Vertrage zustande; auf seiten des Gegenkontrahenten wohl. Der Grund ist die gesetzliche Unfähigkeit des Pupillen, sich zu verpflichten.

---

[4]) Puchta, Pandekten § 232. — Windscheid, Pandekten II. § 321, Anm. 22. — Arndts, Pandekten § 234. — v. Vangerow, Pandekten I. § 279. — Dernburg, Pandekten II. § 20, 2. — Brinz, Pandekten II. § 377 u. a.

[5]) Vgl. ferner auch: pr. J. de auct. tut. I, 21. — l. 5. § 1. D. de auct. et cons. tut. 26, 8. — Nach l. 1. pr. D. de auct. et cons. tut. 26, 8 steht die ungiltige Erteilung der Auctoritas gar keiner Erteilung derselben gleich.

## II. Die zweiseitigen Rechtsgeschäfte eines Haussohns oder Sklaven.[6])

Im römischen Recht galt das Kind ursprünglich in vermögensrechtlicher Beziehung als ein und dieselbe Person mit dem Vater, gleichsam als ein Erwerbsorgan desselben[7]), der Sklave stets als Sache[8]). Was sie erwarben, gehörte nach Rechtsnotwendigkeit dem Vater oder dem Herrn[9]). Weder der Vater aber, noch der Herr wurden aus Rechtsgeschäften solcher Personen verpflichtet. Somit gestaltete sich jeder von Hauskindern oder Sklaven mit dritten eingegangene gegenseitige Kontrakt zu einem negotium claudicans zwischen diesen letzteren und dem pater familias oder dominus.

Inbezug auf den Sklaven erlitt dies auch im klassischen römischen Recht keine prinzipielle Änderung. Er haftete nach wie vor nur naturaliter[10]), während der Herr ausschließlich berechtigt, nicht verpflichtet wurde. Allerdings war später durch Einführung der adjekticischen Haftung eines solchen dominus, der seinem Sklaven ein peculium eingeräumt hatte[11]), eine Milderung dieser schroffen Anschauung angebahnt. Das Geschäft verlor aber dadurch seinen Charakter als claudicans nicht; denn während auf der einen Seite eine unbeschränkte Haftung, d. h. eine Haftung mit der ganzen Persönlichkeit, aus demselben resultierte, erzeugte

---

[6]) Vgl. Windscheid, l. c. § 321, Anm. 22. — Tiktin, de natura bilateralium obligationum, Berlin 1867. S. 78. u. a. m.

[7]) Vgl. Gajus II. § 86 ff. und III. § 163 ff. — Ulpian XIX, 18. 19. — § 13. J. de inutil. stipulat. 3, 19: „patris voce . . . . loqui videtur". — § 4. J. eod. — l. 42. D. de damn. infect. 39, 2 — übrig. auch l. 9. § 1. D. de comp. 16, 2.

[8]) Gajus I, § 52. — pr. § 3. J. per quas pers. cuique adquir. II, 9. — § 2. J. per quas pers. cuique adquir. III, 29. — § 4. J. I, 16. — l. 215. D. de verb. signific. 50, 16.

[9]) Sog. unfreie Stellvertretung; vgl. Gajus II, § 87. — pr. J. de patr. pot. I, 9.

[10]) l. 13. pr. D. de cond. indeb. 12, 6.

[11]) § 36. J. de act. IV, 6. — §§ 1—4. J. quod cum eo, qui in alien. etc. IV, 7. — l. 41. D. de pec. 15, 1.

es auf der anderen nur eine auf das Maß des peculium beschränkte Verbindlichkeit.

Inbetreff des Hausſohnes trat ſpäter eine prinzipielle Änderung ein: er konnte ſich verpflichten. Dieſe Verpflichtungsfähigkeit ſteht feſt für das klaſſiſche Recht[12]), ob ſie ſchon älteren Urſprungs ſei, iſt beſtritten. Von den Gründen, welche dagegen ſprechen, ſind m. E. zwei durchſchlagend: das Erlöſchen der Schulden durch capitis deminutio minima[13]), deſſen Erklärung wohl eben darin gefunden werden muß, daß die Hauskinder zu jener Zeit, in der die arrogatio, die conventio in manum und die capitis diminutio minima ſich ausbildeten, verpflichtungsunfähig waren, und der Umſtand, daß in einer Stelle des Plautus aus der Mostellaria[14]) vom Hausſohne geſagt wird: „non dat, non debet“. Wenn aus dieſer Stelle von den Gegnern[15]) der Schluß gezogen wird, der Hausſohn ſei verpflichtungsfähig geweſen, denn es werde gleich hinterdrein geſagt, der Vater werde aber wohl die Schulden ſeines Sohnes bezahlen, ſo folgt m. E. aus dieſen Worten mehr, daß der Eintritt des Vaters für Schulden, die der Sohn gemacht hat, als Folge eines natürlichen oder doch begreiflichen Anſtandes angeſehen wird, als daß er für die Folge einer Verpflichtung des Sohnes gilt. Wie dem aber auch ſein mag,

---

[12]) l. 39. D. de obl. et act. 44, 7. — l. 141. § 2. D. de verb. obl. 45, 1.

[13]) Gajus III, 84 und IV, 38.

[14]) Mostellaria: III, 1. v. 61.

[15]) Insbeſ. Pernice, M. Antistius Labeo S. 103 ff. Für die Verpflichtungsfähigkeit des Hausſohnes auch Karlowa, Rechtsgeſch. Bd. II. S. 91. f. — Übrigens kann ich mich der Anſicht Mandry's, Familiengüterrecht, Bd. I. S. 343, der ſonſt die Gegenanſicht vertritt, daß die angezogene Stelle und die anderen dort citierten zweifelhaften Wertes ſeien, nicht anſchließen. Vielmehr ſcheinen mir derartige Stellen den realen, praktiſch hervortretenden Rechtszuſtand vollwertig zu charakteriſieren. Es iſt doch viel natürlicher, aus den Worten: „non debet“ zu folgern, daß der Hausſohn eben „nicht ſchuldete“, als daß er „trotzdem ſchuldete“! Weshalb ſoll man annehmen, daß Plautus, der ſelbſt in der hier in Rede ſtehenden Zeit lebte, ſich ungenau oder falſch ausgedrückt habe?

von dem Moment an, in dem der Hausſohn verpflichtungsfähig wurde, verloren ſeine zweiſeitigen Geſchäfte — mochte ihm nun ein peculium eingeräumt ſein oder nicht — im Prinzip ihren Charakter als negotia claudicantia. Der Hausſohn war nunmehr ſelbſt der Gegenkontrahent, und ſeine Verpflichtung, wenn er eigenes Vermögen hatte [16]), auch keine vermögensrechtlich illuſoriſche [17]). —

Hinkende Geſchäfte lagen alſo vor in Kontrakten mit Sklaven und in Kontrakten mit Hauskindern, jedenfalls im älteſten Recht.

## III. Der Kauf einer res furtiva, deren diesbezügliche Eigenſchaft nur der Käufer, nicht der Verkäufer kannte. [18])

Über dieſen Fall liegt folgende Quellenſtelle vor:

l. 34. § 3. D. de contr. empt. 18, 1. Paulus libro 33 ad Edictum:

„Item si emptor et venditor scit, furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. Si emptor solus scit, non obligabitur venditor; nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit, praestet. quodsi venditor scit, emptor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur."

Dem „non obligabitur venditor" entſpricht ein „obligabitur emptor", das hinzuzudenken iſt. Es folgt dies dem Sinne nach aus der Dreiteilung der Stelle, in der die drei Möglichkeiten erörtert werden, welche ſich beim Kauf einer res furtiva, deren Eigenſchaft als ſolche nicht ignoriert wird, ergeben können: Wenn beide, Käufer wie Verkäufer, es wiſſen, keine Verpflichtung; wenn

---

[16]) Über das, was er erwerben konnte, das Nähere bei Windſcheid, l. c. II, § 516.

[17]) Wie ſich freilich das Verhältnis in Wahrheit praktiſch geſtalten mußte, darüber vgl. Dernburg, l. c. I, § 219, Anm. 5. — Vgl. auch unten § 5 d. Abh.

[18]) Vgl. Windſcheid, l. c. — Arndts, l. c. und die anderen in Anm. 4 Angeführten.

der Verkäufer es allein weiß, beiderseitige; wenn nur der Käufer es weiß, einseitige Verpflichtung auf seiner Seite. Es folgt aber auch ferner aus den Worten: „ex vendito quidquam consequitur“, die eine Verpflichtung aus dem Vertrage voraussetzen, da ja sonst von seiten des Verkäufers eine actio venditi garnicht angestellt werden könnte.

Auch hier liegt also Zweiseitigkeit des Geschäfts und gleichwohl nur Einseitigkeit der aus ihm resultierenden Verpflichtung auf Grund des Gesetzes vor. Die Erfordernisse eines negotium claudicans sind demnach vorhanden.

## IV. Der Kauf einer Sache, die ganz oder deren größerer Teil schon vor Abschluß des Kaufvertrages ohne Wissen der beiden Kontrahenten unterging.[19])

Die über diesen Fall vorliegende Quellenstelle lautet folgendermaßen:

l. 57. pr. D. de contr. empt. 18, 1. Paulus libro V. ad Plautium:

„Domum emi cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva, Sabinus, Cassius nihil venisse, quamvis area maneat: pecuniamque solutam condici posse aiunt. Sed si pars domus maneret, Neratius ait, in hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumptae permaneat: ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem, sed etiam forte quod solutum ab eo est repetet. Sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coarctandus est emptor perficere venditionem aestimatione viri boni habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, at huius praestatione liberetur.“

---

[19]) Vgl. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht III. S. 419. Anm. — Gürgens: de contractibus claudicantibus S. 56.

Es wird hier die Frage erörtert, wie es zu halten sei, wenn ein Haus, über das ein Kaufvertrag abgeschlossen ist, schon vorher[20]) ohne Wissen der Kontrahenten von einem Brande heimgesucht wurde.

Die Stelle ist stark interpoliert. Von „hac quaestione . . .“ an stammt sie von Tribonian[21]). Die kurze und bündige Entscheidung der drei erstgenannten Juristen, daß, wenn das Haus von einem Brande heimgesucht worden, es so sein solle, als sei kein Kaufvertrag geschlossen, wird dahin modifiziert, daß, wenn der kleinere Teil oder die Hälfte verbrannt ist, der Vertrag gelten, der Käufer aber ein Reduktionsrecht haben soll; ist der größere Teil oder das Ganze vom Feuer verzehrt, so soll der Käufer aus dem Vertrage klagen können, der Verkäufer nicht.

So ist m. E. „non compellatur emptor“ zu interpretieren, und nicht etwa: „in diesem Falle sei der Kauf ungiltig“[22]). Warum sollte, wenn die Resultate der ersten und zweiten Annahme die gleichen wären, sonst im ersten Falle gesagt werden: „nihil venisse“, im zweiten „non compellatur emptor“?

Es resultiert im letzteren Falle also aus dem Vertrage nur eine einseitige Verbindlichkeit, und zwar kraft Gesetzes. Ein negotium claudicans liegt also auch hier vor.

## V. Der unter einer lex commissoria geschlossene Kauf, wenn am Termine nicht gezahlt wurde.[23])

l. 6. § 1 de contrah. empt. 18, 1.

Der Käufer bleibt aus dem Kaufvertrage verpflichtet, der Verkäufer wird frei. Ein negotium claudicans liegt aber nicht vor. Vom Verkäufer war ja bereits vollständig erfüllt, und wenn

---

[20]) Ging die Sache nach Abschluß des Kaufvertrages unter, so galt der Satz: „periculum est emptoris“.

[21]) Dies weist in durchsichtiger und überzeugender Darstellung nach Gradenwitz: Interpolationen i. d. Pand. S. 46 ff.

[22]) Vgl. Glück, Com. XVI, S. 38. — Westphal, Lehre vom Kauf § 56 S. 55. — Dernburg, l. c. II, § 94, 1.

[23]) Vgl. Brandis in Lindes Zeitschrift Bd. VII. S. 146 ff.

der Eintritt des dies legis commissoria die Verpflichtung desselben aufhebt, so kann dies unmöglich die Verpflichtung zur Erfüllung sein, sondern nur die, dem Käufer das Erfüllte zu lassen. Das Wahlrecht, die lex commissoria gelten zu lassen oder den Kauf, stand ihm aus der ersteren zu[24]), und die Worte: „ne venditor emptori, pecunia ad diem non soluta, obligatus esset, non ut omnis obligatio empti et venditi utrimque solveretur" bedeuten nur, daß die Obligation insofern nicht von beiden Seiten aufgehoben wird, als vielmehr dem Verkäufer im vorliegenden Falle die actio venditi nur deshalb belassen bleibt, damit er durch sie einen Anspruch auf bereits vom Käufer aus der Kaufsache gewonnene Früchte oder auch den Anspruch auf Rückgabe der Sache selbst, und auf Entschädigung wegen nachteiligeren Verkaufs geltend machen kann.

## VI. Der Mietsvertrag über eine gekaufte Sache, den der Käufer mit dem Verkäufer dahin abschließt, daß ersterem die Sache bis zur vollen Bezahlung des Kaufgeldes gegen einen bestimmten Preis als Mietsobjekt überlassen werde.[25])

Die vorliegende Quellenstelle: l. 20. § 2. D. locati 19. 2: sagt, es werde in diesem Falle der Vermieter nicht zur Hingabe der Sache, wohl aber der Mieter zur Zahlung des verabredeten Mietszinses verpflichtet. Da aber der Vermieter zur Überlassung der Sache schon durch den Kaufvertrag gezwungen[26]), und somit die Zahlung des Mietszinses offenbar nichts ist, als ein Äquivalent für die Verzinsung des Kaufpreises[27]), so kann von einem anormalen Hinken des Geschäftes keine Rede sein. Die Quellenstelle

---

[24]) l. 2. 3. D. de leg. comm. 18, 3.

[25]) Vgl. Brandis, l. c. S. 139 ff.

[26]) l. 1. pr. D. de act. empt. et vend. 19, 1.

[27]) l. 75. 79. D. de contr. empt. 18, 1 — l. 21. § 4. D. de act. empt. et vend. 19, 1, vgl. auch Brandis, l. c. S. 141.

konstatiert vielmehr nur, daß aus dem Mietsvertrage als solchem für den Verkäufer keine Obligation mehr entspringt.

## VII. Die Ehe, welcher ein Privathindernis entgegensteht.[28])

Aus dem römisch-kanonischen Rechte hat man noch folgenden Fall unter die negotia claudicantia gerechnet:

Wenn einer Ehe ein privates Hindernis[29]) entgegensteht, so soll nur demjenigen Teil die Klage auf Ungiltigkeit der Ehe gegeben sein, für den das Hindernis wirkt.

Die hierfür angeführten Stellen[30]) besagen aber keineswegs, daß nur der eine Teil sich auf die Ungiltigkeit berufen dürfe, sondern nur, daß die Ehe giltig fortbestehen könne, wenn ein neuer Konsens hinzukomme. Ein solcher Konsens beruht aber stets auf beiderseitiger Einwilligung, und es wird nicht etwa angenommen, daß der Konsens des schuldigen Teils fortdauere[31]).

Um eine Ehe zu einer giltigen zu machen, ist stets beiderseitige freie Einwilligung nötig; daß ist mehrfach in den Quellen bezeugt[32]). Die Bezeichnung gewisser Ehehindernisse als „privater" beruht auf der Anschauung, daß sie nur ein Interesse für die Beteiligten haben, und somit diesen ein Klagerecht, aber doch auch ein beiderseitiges zustehe[33. 34]).

Die Erfordernisse des negotium claudicans fehlen also auch hier. —

---

[28]) Z. B. noch Windscheid, l. c. I, § 82. Anm. 8. — Dagegen besonders Brandis, l. c. S. 203 ff.

[29]) Private Ehehindernisse sind Mangel des Konsenses, error, Impotenz, vis ac metus.

[30]) cap. 2 X de conjug. serv. 4, 9 — cap. 5 X de frigidis 4, 15 — cap. 4 X qui matr. accus. 4, 18.

[31]) Vgl. Guyet, de matrim. inval. contr. renov. Spec. I. Heidelberg 1830. § 1. S. 8. ff. § 2. S. 24.

[32]) So insb. in cap. 5 X de frigidis 4, 15.

[33]) Vgl. cap. 36 X de sponsal. 4, 1, wo demjenigen, welcher durch Betrug die Ungiltigkeit der Ehe verschuldete, das Recht, den Mangel des eigenen Konsenses geltend zu machen, gegeben wird.

[34]) Vgl. Schulze, Handbuch des kathol. Kirchenrechts. § 6. S. 32.

Das Gesamtresultat der bisherigen Untersuchung ist demnach das folgende:

In den Rechtsfällen sub I—IV liegen negotia claudicantia vor — in denen sub V—VII nicht.

## § 2.

Gleich dem Pupillen ist unvollkommen handlungsfähig auch der entmündigte Verschwender:

l. 6. D. de V. O. 45, 1.

„Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit; tradere vero non potest vel promittendo obligari . . .[35]

und der ihm durch ein Reskript Diocletians gleichgestellte Minderjährige, der unter einem Kurator stand:

l. 3. C. de in integr. restit. 2, 21:

„Si curatorem habens minor XXV annis post pupillarem aetatem res venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum ei non absimilis habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est."

Ich schließe mich hier der früher[36] allgemein herrschenden Ansicht an, daß Minderjährige unter Kuratoren verpflichtungs-, nicht nur veräußerungsunfähig gewesen seien[37].

---

[35] vgl. l. 10. pr. D. de cur. fur. dand. 27, 10.

[36] Schon die Glossatoren: Gl. ad leg. 3 C. de in integr. restit. 2, 21 (22). — Die Postglossatoren, z. B. Bartolus, Baldus, Paulus u. a. m. in den Kommentaren ad leg. 3 eod. — Die Zivilisten des XVI. Jahrhunderts: Zasius, Comm. in tit. D. de verb. oblig. ad leg. 101. Donellus, Comm. de Jur. Civ. XII. cap. 22. §§ 14. 15 u. a. m.

[37] Vgl. hierzu neuerdings Dernburg, l. c. I. § 53, Anm. 8. 9. 10: Die im Reskript enthaltene Rechtsnorm sei die, daß derartige Minderjährige interdizierten Verschwendern gleichzuachten und daher selbständig nicht verpflichtungsfähig seien. Die scheinbar entgegenstehende Rechtsnorm in l. 101. D. de verb. oblig. 45, 1: „Puperes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari" sei unter einem ganz anderen Rechtszustande geschrieben, als demjenigen, den das Reskript Diocletians feststelle, und da sie in die Digesten einmal aufgenommen sei, werde wohl am besten nach Iherings

Gleich dem Sklaven ferner — servi loco — stand ursprünglich das liber caput in mancipio — d. h. das Hauskind, welches sich zum Zwecke der Adoption in dem Vorstadium des „esse in mancipio“ befand[38]). Dieser Rechtsbehelf zwecks Adoptionsvornahme verschwand dann in der Kaiserzeit[39]). Die Adoption vollzog sich im Justinianischen Recht in anderen Formen[40]), und der Adoptierte erhielt eine der des Hauskindes analoge Stellung[41]).

Filii familias loco stand die Ehefrau „in manu“[42]). Der Mann haftete also ursprünglich aus ihren Rechtsgeschäften garnicht. Später trat dann Haftung zufolge einer actio adjectitiae qualitatis in den vom prätorischen Recht vorgesehenen Fällen ein. Mit der freien Ehe ohne manus, die schon seit alter Zeit häufig, in der Kaiserzeit Regel war — consensus facit nuptias — fiel die Verpflichtungsunfähigkeit der Ehefrau fort.

Andere Frauen, d. h. solche, die weder in manu mariti, noch in patria potestate standen, erhielten noch bis in die Zeiten des klassischen Rechts einen Tutor[43]). Ohne dessen auctoritatis interpositio waren sie zu den meisten Verpflichtungsgeschäften unfähig. Das Justinianische Recht stellte Männer und Frauen in dieser Beziehung wesentlich gleich[44]).

Es liegen also negotia claudicantia ferner vor in zweiseitigen Rechtsgeschäften:

---

Vorschlag auf das Wort „possunt“ in ihr der Ton gelegt. Minderjährige ohne Kuratoren können sich verpflichten, gleichwie entmündigte Verschwender, wenn sie dadurch ihre Lage verbessern.

[38]) Vgl. Gajus I. §§ 117. 134. 138—141.

[39]) l. 1. C. de patr., qui fil. distrax. 4, 43.

[40]) l. 11. C. de patr. potest. 8, 47.

[41]) l. 23. D. de adopt. etc. 1, 7.

[42]) Durch usus, confarreatio und coëmptio, vgl. Gajus I, §§ 110. 111. 112. 113.

[43]) Ulpian, Fragm. XI. §§ 1. 25. 27.

[44]) Die Interzessionsbeschränkungen sind für zweiseitige Rechtsgeschäfte in dieser Beziehung irrelevant.

1. der entmündigten Verschwender,
2. der Minderjährigen unter Kuratoren[45]),
3. des liber caput in mancipio,
4. der Ehefrauen in manu,
5. der unter Tutel stehenden Frauen.

## § 3.

Die außerordentliche Begünstigung, die sich aus derartigen Geschäften für den nicht oder doch nur beschränkt Verpflichteten ergeben hätte, ist nun aber zum großen Teil vom römischen Recht selbst wieder annulliert worden. Es soll nämlich der begünstigte Kontrahent nur dann das ihm Geschuldete erlangen können, wenn er seinerseits entsprechend zur Einlösung dessen, was er durch das Geschäft übernahm, bereit ist.

Festgesetzt findet sich dies für den Fall:

I. in l. 7. § 1 de resc. vend. 18, 5 und l. 3. § 4 de neg. gest. 3, 5.
II. in l. 9. pr. de compens. 16, 2 und l. 57 pr. de aedil. edict. 21, 1.
III. in l. 34 § 3 de contr. empt. 18, 1.

und es folgt logisch aus dem Sinn der ganzen Stelle für Fall:

IV. aus l. 57 pr. de contr. empt. 18, 1.

Daß eine solche Milderung der Billigkeit entsprach, daß das Recht auf sie geradezu hingedrängt werden mußte, leuchtet ohne weiteres ein. Es entstand aber die Frage: in welcher Weise wurde dem natürlichen Billigkeitsgefühl genüge gethan, ohne die streng logische Konsequenz des Rechtes zu verletzen, d. h. wie wurde das erwähnte Endresultat juristisch hergeleitet und gerechtfertigt?

In Beantwortung dieser Frage sind folgende Theorieen aufgestellt worden:

---

[45]) Es gehören hierher auch Veräußerungsgeschäfte über gewisse Grundstücke, falls das für Minderjährige ohne Kuratoren dazu nötige Dekret nicht oder nicht in gehöriger Weise gegeben war: vgl. l. 16. C. de praed. min. 5, 71. — l. 3. C. quando decr. 5, 72 — l. 3. C. de his, qui ven. act. 2, 45.

## A. Die Theorie einer relativen Nichtigkeit derartiger Geschäfte[46]).

Puchta insbesondere[47]) behauptete, es finde bei diesen Geschäften eine relative Nichtigkeit statt, d. h. der nicht verpflichtete[48]) Kontrahent habe die Wahl, ob das Geschäft als ganzes gelten solle oder nicht; er entscheide durch die Klageerhebung über die Existenzfrage der Obligation, die von diesem Momente an dann auch für ihn bindend sei[49]).

Daß diese Auffassung nicht die römische gewesen sein kann, ist zuerst überzeugend nachgewiesen worden von Brandis[50]). Denn abgesehen davon, daß sie den präzisen Quellenausdrücken, die auf der einen Seite von einem „obligari", auf der anderen von einem „non obligari" sprechen, nicht gerecht wird, müßte nach ihr auch der verpflichtete Kontrahent, sobald der andere einen Anspruch aus dem Geschäfte herleitete, selbst eine Klage haben, während er sich mit einer exceptio zu begnügen hat[51]).

---

[46]) Eine nähere Ausführung dieser Theorie gehört nicht hierher. Nur insofern man versucht hat, die Natur der vorliegenden Rechtsgeschäfte aus ihr zu erklären, ist sie zu berühren.

[47]) l. c. § 232, 1 — ebenso Savigny, System S. 40. — Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht III. S. 419.

[48]) Da die Anhänger einer relativen Nichtigkeit die Fälle nur beschränkter Haftung nicht unter die negotia claudicantia zählen, ist von denselben hier abzusehen.

[49]) Die Theorie gründet sich auf folgende Konstruktion:

Der Kontrakt ist nur ein Austausch gegenseitiger Versprechen. Gegenseitige Verbindlichkeiten entstehen aus ihm nur dann, wenn zu dem äußeren Moment des Versprechens noch ein zweites, inneres Moment hinzutritt, das der Rechtsbeständigkeit. Rechtsbeständig ist der Vertrag dann, wenn ihm das Recht Verpflichtungskraft giebt, d. h. ihn mit der Fähigkeit ausstattet, die durch ihn gewollten Wirkungen auch reell zu entwickeln. Bei den negotiis claudicantibus nun wird dem Vertrag diese Fähigkeit verliehen durch die diesbezügliche Erklärung des betreffenden Kontrahenten. Die Theorie setzt also gleichsam ein zwischen Kontrakt und Verpflichtung.

[50]) l. c.

[51]) Vgl. die einschlägigen oben § 1, I—IV angezogenen Stellen.

Wächter[52]) nimmt Nichtigkeit an, die durch die Erklärung des nicht verpflichteten Kontrahenten konvalesziere. Das Rechtsgeschäft trage den „Keim der Giltigkeit" schon von Anfang an in sich. Mit dieser Konstruktion entgeht er allerdings dem Vorwurf, daß aus demselben Vertrage, über dessen Giltigkeit als Ganzes erst entschieden werden soll, doch unmöglich das Recht zu einer solchen Entscheidung hergeleitet werden kann, im großen und ganzen charakterisiert sich seine Ansicht aber doch nur als eine „formelle Modifikation"[53]) der obigen.

Sogar ein Quellenzeugnis, aus welchem bei unbefangener Betrachtung[54]) erhellt, daß diese Konstruktion einer relativen Nichtigkeit der römischen Anschauungsweise widersprach, kann angeführt werden:

l. 3. § 2. D. mandati 17, 1: Paulus libr. 32 ad Edictum:

„Quodsi pretium statui tuque pluris emisti, quidem negaverunt, te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses, id quod excedit, remittere: namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem, si nolit; illi vero, si velit, mecum esse."

Es wird also hier ein Verhältnis aus einem Kontrakt derart, wie es dem Begriff der relativen Nichtigkeit entsprechen würde, deshalb nicht anerkannt, weil ein solches Wahlrecht des einen Kontrahenten, das dem anderen fehle, „iniquum — unbillig" sei.

Eine Wahl hat der nicht verpflichtete Kontrahent allerdings: aber keineswegs die Wahl, ob das ganze Geschäft seine Wirkung entwickeln solle oder nicht, sondern nur die Wahl, ob er persönlich die bereits existierende Obligation seines Gegenkontrahenten benutzen

---

[52]) Wächter, l. c. I. § 184. Beilage II. Nr. 4.

[53]) Vgl. Windscheid, l. c. II. § 321, Anm. 23.

[54]) Wächter, l. c., behauptet freilich trotz dieser Stelle, es lasse sich nicht beweisen, daß das Verhältnis einer solchen relativen Nichtigkeit dem Geiste des römischen Rechts widerspräche!

oder nicht benutzen will. Im ersten Falle klagt er, im zweiten steht er von einer Klage ab.

Eine Erklärung der obenerwähnten Eigentümlichkeit der vorliegenden Geschäfte mittels Konstruktion einer relativen Nichtigkeit muß demnach als verfehlt bezeichnet werden.

### B. Die Theorieen einer einseitigen Nichtigkeit der negotia claudicantia.

Die anderen über die Natur derartiger Geschäfte aufgestellten Ansichten werden der klaren Ausdrucksweise der Quellen gerecht. Nach ihnen bedeutet das „obligari — non obligari“ eben nichts anderes, als daß die eine Seite verpflichtet werde, die andere nicht; aus dem zweiseitigen Geschäft entsteht also nur eine einseitige Verbindlichkeit. Darüber aber, weshalb der Begünstigte gleichwohl nur dann etwas erreicht, wenn er selbst zu erfüllen bereit ist, bestehen Meinungsverschiedenheiten:

I. Keller[55]) führt diesen Umstand darauf zurück, daß durch den Abschluß eines synallagmatischen Vertrages[56]) die Kontrahenten Rechte auf den Austausch ihrer Leistungen erwürben, derart, daß beispielsweise beim Kauf nicht der eine ein Recht auf die Sache habe, der andere auf den Preis, sondern der erste auf die Sache gegen den Preis, der andere auf den Preis gegen die Sache. Der synallagmatische Vertrag bestehe also nicht aus zwei Teilen: der Verpflichtung des einen — der Verpflichtung des anderen, sondern sei ein untrennbares Ganzes. Dem einen Teil fehlt also nur das Recht, diese Gesamtverpflichtung einzuklagen, während der andere Teil dieses Recht hat. Dem zum Klagen Berechtigten steht also auch hier eine Wahl zu: nämlich die zu klagen oder nicht; es unterscheidet sich aber dieses Wahlrecht von jenem bei der relativen Nichtigkeit essentiell dadurch, daß bei dem ersteren nicht über die Existenzfrage der Obligation entschieden wird[57]).

---

[55]) In den Jahrbüchern des gem. Rechts: Bd. IV. Nr. 11. S. 353.

[56]) Vgl. Anm. 3.

[57]) Vgl. hierzu oben S. 14.

Daß diese Kellersche Auffassung der synallagmatischen Verträge die römische nicht gewesen sein kann, weist in überzeugender Weise Dernburg nach[58]).

Es sei nämlich, sagt er, das römische Recht gerade umgekehrt von der Unabhängigkeit derartiger Obligationen ausgegangen. Das zeige sich in zweierlei Weise:

1. In dem Satze: periculum est emptoris, nach welchem der Preis einer Sache selbst dann zu entrichten sei, wenn dieselbe vor der Tradition zufälligerweise unterging[59]).
2. Gerade in der Möglichkeit solcher negotia claudicantia, bei denen doch eben der eine Kontrahent obligiert werde, der andere nicht. —

Keller kommt dann in Konsequenz seiner Anschauung zu dem Schlusse, daß die dem Beklagten zustehende exceptio gar keine wahre exceptio sei, da sie ihren Ursprung ohne weiteres in dem Klagefundamente selbst nehme[60]).

II. *a*) Entgegen dem soeben erörterten Begriff einer Gesamtobligation, nehmen andere[61]) eine getrennte Verpflichtung auf jeder von beiden Seiten an, aber derart, daß der klagbaren Obligation des einen Teils auf der anderen Seite nur eine stark abgeschwächte natürliche Verbindlichkeit gegenüberstehe. Aus dieser naturalis obligatio des Gegenparts geben sie dann dem Beklagten eine Forderung, soweit sie jene als bestehend erachten.

Hier wird also jene Eigentümlichkeit der negotia claudicantia, daß auch der Klagende nur etwas erreicht, wenn er selbst leistet, nicht aus dem Begriffe des synallagmatischen Vertrages

---

[58]) Dernburg, l. c. II. § 20. — Derselbe: Kompensation §§ 71. ff. 75 ff. 77 ff. — Vgl. Pandekten II. § 96. Anm. 2.

[59]) Anderer Ansicht über den Grund dieses Satzes: Jhering, Jahrbücher III. S. 464. — Windscheid, l. c. II. § 390. Anm. 3 u. a. m.

[60]) Jahrbücher des gem. Rechts. Bd. IV. S. 337—370.

[61]) Büchel, Zivilrechtl. Erörterungen. II. S. 76 f. — Sintenis, Das prakt. gem. Zivilrecht I. § 17. Anm. 24. — Brandis, l. c. S. 151. — Vgl. auch Bangerow, in eingehender Darstellung, l. c. I. § 279.

hergeleitet, sondern aus seiner thatsächlichen Unterlage, insofern nämlich von beiden Seiten etwas versprochen ist. Aus jedem Versprechen erzeugt sich hier eine Verpflichtung, auf der einen Seite eine klagbare, auf der anderen eine natürliche.

*β*) Eine vierte Ansicht geht dahin, es sei die dem aus solchem Geschäfte Beklagten zustehende exceptio allgemeiner eine Folge des in einer solchen Handlungsweise des Klägers liegenden dolus. Dieser dolus liege eben darin, daß der Kläger einen Vertrag für sich gelten lassen wolle, den gegen sich gelten zu lassen, er sich weigere[62]).

Hier zeigt sich m. E. ein grundlegender Unterschied. Während nämlich nach den beiden vorher erörterten Ansichten die exceptio des Beklagten ihren Ursprung unmittelbar in dem Vertrage selbst nimmt, entspringt sie hier direkt aus dem dolus, der darin liegt, empfangen zu wollen, ohne zu geben; derselbe dolus, der beispielsweise in jedem Diebstahl liegt, und der hier mit dem Geschäfte als solchem nur mittelbar zusammenhängt.

Näheres hierüber kann nur die Betrachtung der einzelnen Fälle ergeben.

---

[62]) Windscheid, l. c. Anm. 23. Nr. 3. — Arndts, l. c. § 234. Anm. 3. 4. — Dernburg, l. c. § 20, 2. — Brinz, l. c. IV. § 587, I, 2, b. S. 417. —

# Spezieller Teil.

## § 4.

### Zweiseitige Rechtsgeschäfte des sine tutoris auctoritate handelnden Pupillen.

Die prägnanteste der zahlreichen Quellenstellen, welche über derartige Geschäfte vorliegen, ist die oben (§ 1) citierte l. 13. § 29. D. de act. empt. 19, 1: Ulpianus libro 32 ad Edictum:

„Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat[63])."

Wie sollte sich der Jurist ausdrücken, um ein klareres Bild seiner Auffassung zu geben, um ein Mißverständnis unmöglich zu machen?!

„Ex uno latere constat contractus." — Der Kontrakt als Austausch gegenseitiger Versprechungen besteht auf beiden Seiten; wenn also gesagt wird: ex uno latere constat contractus, so kann nur von der Verpflichtung die Rede sein. Diese Verpflichtung entsteht also einseitig; und begründend wird noch hinzugefügt: „nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat".

Ein Verhältnis, das dem durch eine relative Nichtigkeit herbeigeführten gleich wäre, liegt nicht vor. Vielmehr steht wohl sogar die Stelle in einem gewissen Gegensatz zu einem kurz vorher

[63]) Dieselbe Ausdrucksweise in: pr. J. de auct. tut. I. 21.

(§§ 27. 28. eod.) erörterten Rechtsfall, wo von einem Kaufvertrage gesprochen wird, bei welchem dem einen Kontrahenten ein Rescissionsrecht zusteht. Dort wird ihm dann ein Wahlrecht eingeräumt, daß dem bei der relativen Nichtigkeit angenommenen analog ist, mit den Worten: „Si quis colludente procuratore meo, ab eo emerit, an potest agere ex empto? Et puto, hactenus, ut aut stetur emptioni, aut discedatur.“ (cfr. auch § 28.) Falls man nun annimmt, auch in der oben citierten Stelle (§ 29) solle ein solches Wahlrecht angedeutet werden, wie sonderbar wäre es dann, daß zwei so gleiche Wahlrechte in so verschiedener Weise bezeichnet würden! —

Ein weiteres Argument gegen die Puchtasche Ansicht ist: l. 7. § 1. D. de resc. vend. 18, 5:

„Item potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emptione, an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emerit, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant? Sed nec illud sine ratione dicetur, quod initio recte emptio sit contracta, vix bonae fidei convenire, eo pacto stari, quod alteri captiosum sit . . .“

Paulus geht (stillschweigend) davon aus, daß der Pupill sine tutoris auctoritate nichts veräußern, also auch seine Rechte aus dem Kaufvertrage nicht aufgeben kann; wohl dagegen kann er sine tutoris auctoritate einen Erlaßvertrag über eine ihm (dem Pupillen) aufliegende Schuld abschließen. Man könnte nun so zu dem Ergebnis kommen, es habe der von dem Pupillen abgeschlossene Vertrag auf Aufhebung des Kaufvertrages die Wirkung, zwar den Pupillen, nicht aber den Gegner zu befreien, so daß nun geradeso der Gegner, aber nicht der Pupill verpflichtet wäre, wie wenn der Pupill den Kaufvertrag selbst sine tutoris auctoritate geschlossen hätte; also der Pupill nicht verklagt werden könnte, seiner Klage aber die Retentionseinrede wegen mangelnder Gegenleistung entgegenstände. Dies wäre eine Verschlechterung der Rechtsstellung

des Gegners, und Paulus hält deshalb den zweiten Vertrag für nichtig.

Würde nun aber durch diesen zweiten Vertrag ein Verhältnis erzeugt, wie es Puchta als vorliegend erachtet, d. h. wäre das Paktum relativ nichtig, so wäre nicht einzusehen, wie es eine solche Verschlechterung der gegnerischen Rechtsstellung herbeiführen, wie es „captiosum" genannt werden könnte: denn es hätte alsdann der Pupill doch nur die Wahl, ob er das Paktum geltend machen und somit für beide Teile verbindlich machen will oder nicht (cfr. S. 14 f). Im ersten Falle wäre der Gegner, wie er es ja eben laut des Paktums wollte, befreit; etwas „kaptioses" läge also in dem Paktum nicht. Wählte der Pupill aber die Nichtexistenz desselben, so blieb der erste Kaufvertrag giltig, und es träte ohne weiteres dasjenige ein, was das Gesetz doch erst vorschreibt, damit das Kaptiose des Paktums verhindert werde. —

Was die Kellersche Theorie anbetrifft, so beruft sich dieser für seine Ansicht inbezug auf die vorliegenden pupillarischen Geschäfte auf zwei Quellenstellen: auf die zuletzt citierte und auf l. 3. § 4. D. de neg. gest. 3, 5: Ulpianus libr. 10 ad Edictum:[64])

„Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior; agendo autem compensationem eius, quod gessit, patitur."

In der ersten lex (s. oben S. 20) ist gesagt, daß der Klage des Pupillen Retentionen gegenüberstehen, in der zweiten, es könne ihm gegenüber kompensiert werden. Beides: „retinere" und „compensare" sei, argumentiert Keller, nicht als Thätigkeit einer Person, sondern als vom Forderungsrecht selbst ausgehend zu betrachten[65]). Daß es auch oft so gedacht wird, läßt sich allerdings

---

[64]) Keller, l. c. S. 358 ff.; auch Anm. 19.

[65]) So wenigstens ist wohl seine Behauptung, es gehe beides vom Forderungsrechte selbst aus, zu verstehen. Denn wäre eine selbständige Forderung auf der anderen Seite vorhanden, so müßte der Gegner beantragen,

nicht leugnen[66]). Abgesehen aber davon ist gerade in der ersten der vorliegenden Stellen für jeden Unbefangenen von der Thätigkeit einer Person die Rede [competant — wem denn?], und ein Grund dafür, daß in der zweiten lex der Ausdruck „patitur" auf eine dem Forderungsrecht innewohnende und dasselbe zum großen Teil negierende Kompensationskraft hinweise, liegt m. E. kaum vor.

Im übrigen erscheint die Kellersche Ansicht aus den oben (S. 17) entwickelten allgemeinen Gründen als nicht zutreffend[67]).

Was nun ferner die Annahme einer naturalen Obligation des Pupillen aus den von ihm eingegangenen zweiseitigen Rechtsgeschäften betrifft, so ist es, um das Dasein oder Nichtdasein einer solchen Verbindlichkeit zu erkennen, notwendig, von den Rechtsgeschäften des Mündels überhaupt auszugehen, bei ihnen die Frage nach der Existenz einer solchen Obligation, den eventuellen Beschränkungen derselben und ihrem Grunde zu erläutern, und dann etwa vorliegenden Besonderheiten der zweiseitigen pupillarischen Geschäfte Rechnung zu tragen.

Rechte kann der Pupill sine tutoris auctoritate erwerben[68]). Unbestritten ist ferner, daß er aus Delikten[69]) und „ubi ex re

---

daß kompensiert werde. — cfr. hierzu auch Dernburg, Pandekten I. § 137. S. 311. ff. 313.

[66]) Es beweist dies schon der Satz: „ipso iure compensatur". — Vgl. hierzu übrigens auch Windscheid, l. c. § 348, Note 3.

[67]) Hierzu vgl. auch Dernburg, Compensat. S. 74:

„Dadurch, daß dem Pupillen gegenüber Retentionen zustehen, charakterisiert sich der zu Grunde liegende Rechtsanspruch nicht als ein bedingter, sondern höchstens das Klagerecht; ein Unterschied, der sofort klar wird, wenn wir annehmen, die verkaufte Sache sei dem Pupillen aus Irrtum geliefert, ohne daß dieser den Kaufpreis zahlte, und es handle sich um die Zuständigkeit einer condictio indebiti."

[68]) pr. J. de auctor. tut. I, 21. — § 9. J. de inut. stipul. III, 19. — l. 28. pr. D. de pact. 2, 14 u. a. m.

[69]) l. 5. § 2. D. ad leg. Aquil. 9, 2. — l. 23. D. de furt. 47, 2.

obligatio venit“ [70]) vollwirksam verhaftet werde. Nur verpflichten soll er sich nicht können; soweit ein solches Geschäft vorliegt, soll es mero jure nichtig sein [71]). Dies ist insofern gemildert, als er nach einem Reskript des Kaisers Antonin auf die Bereicherung civiliter belangt werden kann [72]). Ob er aber nicht über eine solche Bereicherung hinaus wenigstens naturaliter verpflichtet werde, ist eine alte Streitfrage.

Während nämlich in einer größeren Anzahl von Stellen eine naturalis obligatio, sei es direkt [73]), sei es indirekt [74]), erwähnt wird, ist sie in zweien strikte geleugnet:

l. 41. D. de cond. indeb. 12, 6. Neratius libro 6 Membranarum:

„Quod pupillus sine tutoris auctoritate promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet.“

und

l. 59. D. de O. et A. 44, 7. Lic. Rufinus libr. 8 Regularum:

„Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur.“

Schon Donellus [75]) suchte die Aussprüche der Juristen mit einander in Einklang zu bringen. Er erklärte die beiden leges cit. bezögen sich auf die pupilli infantiae proximi; bei ihnen

---

[70]) l. 29. pr. D. commun. divid. 10, 3. — l. 33. pro soc. 17, 2. — l. 46. de O. et A. 44, 7.

[71]) pr. J. de auct. tut. I, 21. — l. 16. pr. D. de min. vig. quinq. ann. 4, 4. — l. 1. § 2. D. de pec. constit. 13, 5. — l. 8. pr. D. de adquir. vel. omitt. hered. 29, 2.

[72]) l. 3. § 4. D. de neg. gest. 2, 5. — Vgl. Savigny, Obligat. Recht, I. S. 64.

[73]) l. 42. pr. D. de jurejur. 12, 2. — l. 21. pr. D. ad leg. Falc. 35, 2. — l. 64. pr. D. ad S. C. Trebell. 36, 1. — l. 1. § 1. D. de nov. et del. 46, 2.

[74]) Die einschlägigen Stellen finden sich bei Brandis, l. c. S. 151. Note 6. —

[75]) Donellus, comment. libr. 12. cap. 22. § 13.

trete keine naturalis obligatio ein. Die pupilli pubertati proximi hingegen würden naturaliter verhaftet.

Diese Erklärung schwebt völlig in der Luft; nirgends in den Quellen ist auf eine derartige Unterscheidung für die vorliegenden Fälle hingewiesen, im Gegenteil ist in § 10. J. de inut. stip. 3, 19 zu lesen:

„ . . . . ut infantiae proximi idem juris habeant, quod pubertati proximi."

Puchta[76]) schließt aus den beiden citierten leges, der Pupill werde nicht einmal naturaliter obligiert. Wo von einer naturalis obligatio in den Quellen die Rede sei, müsse dieselbe auf die ihm zu Teil gewordene Bereicherung bezogen werden. Oft werde eine solche klagbare Verpflichtung auf die naturalis aequitas zurückgeführt, und sie könne mithin in diesem Sinne als natural bezeichnet werden[77]).

Dem widerspricht der Umstand, daß in den Quellen an einigen Stellen ausdrücklich von einer über die Bereicherung hinausgehenden naturalis obligatio des Pupillen die Rede ist; so beispielsweise in: l. 1. § 1. D. de nov. 46, 2:

„ . . . . qualis cunque obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit."

Im Sinne Puchtas kann hier „naturaliter" kaum stehen, da sonst das „aut — aut" nicht recht verständlich wäre. Jede Obligation, wird gesagt, kann noviert werden, mag die folgende nun eine civile oder eine naturale sein, wie z. B. die des Pupillen.

Savigny, Rudorff, Fritz und Scheurl nehmen umgekehrt an, der Pupill werde vollwirksam naturaliter obligiert, und diese naturalis obligatio werde auch voll bei ihm anerkannt. Der in

---

[76]) Puchta, l. c. § 237, Note h.

[77]) Vgl. Martinus: in gloss. ad leg. 25 de fidejuss. — Cujacius: ad leg. 127. de verb. obligat.

den beiden oben citierten leges hiergegen liegende Widerspruch wird in verschiedenster Weise zu erklären versucht.

Savigny[78]) nimmt an, daß ein unaufgelöster Streit der römischen Juristen vorläge, der aus Versehen in die Quellen aufgenommen sei. Die willkürlich angenommene Grenze der Pubertät für die beginnende Handlungsfähigkeit beruhe auf einem ganz positiven, vom Jus civile zum Schutze des Pupillen eingerichteten Institute, nämlich der Tutela, die dem Jus gentium fremd sei. Letzteres berücksichtige nichts als die individuelle Entwicklung des einzelnen, und in Konsequenz dessen sei eine naturalis obligatio mit allen ihren besonderen Folgen zu bejahen[79]).

Diese Ansicht ist m. E. nicht unbedenklich. Sollte eine Reminiscenz aus dem älteren, vom Jus gentium in dieser Beziehung noch nicht modificierten Recht irrtümlich in die Quellen aufgenommen sein und dies zweimal! Rufinus gehört überdies zu den neueren Juristen, und bei der Bestimmtheit, mit der beide Stellen sprechen, wird es schwer, an eine irrtümliche Aufnahme derselben zu glauben.

Rudorff[80]) verwirft die beiden citierten leges, weil sie teils unbestimmt sprächen, teils von älteren Juristen herrührten, dem steht jedenfalls entgegen, daß beide, wie schon gesagt, sehr bestimmt sprechen, und daß Rufinus zu den neueren Juristen gehört.

Fritz[81]) nimmt an, sie beruhten entweder auf einem Irrtum oder bezögen sich ursprünglich nur auf den pupillus infantiae proximus (vgl. oben S. 23. 24) und infans.

Scheurl[82]) meint, nicht die naturalis obligatio, sondern deren Klagbarkeit nur sei geleugnet; denn „naturaliter obligari“

---

[78]) Savigny: Obligationenrecht I, § 10. S. 74.

[79]) Zu diesen Folgen gehört auch die soluti retentio des Gegenkontrahenten: vgl. Savigny, l. c. § 8.

[80]) Rudorff, Recht der Vormundschaft II. S. 280. Anm.

[81]) Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheims Lehrbuch d. gem. Zivilrechts S. 269.

[82]) Scheurl, Heidelberg. krit. Zeitschrift S. 508.

heiße manchmal „klagbar verpflichtet sein". Dem stände entgegen, wenn nichts anderes, so doch wenigstens, daß aus dieser Interpretation heraus weder das „ne quidem", noch das „nec" recht verständlich wäre.

Mittelwege schlagen ein: Windscheid, von Vangerow, Glück, Roßhirt, Weber, Unterholzner:

Windscheid[83]) nimmt an, die naturalis obligatio des Pupillen werde vom Rechte als Verbindlichkeit anerkannt überall da, wo es sich nicht darum handle, daß der Schuldner gegen seinen Willen zur Erfüllung genötigt werden solle[84]); wo dies nicht der Fall sei, werde sie nicht anerkannt. Der Gläubiger könne sie daher nicht zur Kompensation benutzen und müsse das ihm irrtümlich Geleistete zurückgeben; wenigstens liege, da die Quellen sich gleichsam durch den offenen gegenseitigen Widerspruch aufhöben, für den Ausschluß des Rückforderungsrechtes des Pupillen kein Beweis vor.

v. Vangerow[85]) nimmt eine naturalis obligatio des Pupillen an, die bei den einseitigen Geschäften desselben insoweit beschränkt sei, als dem Gläubiger die soluti retentio nicht zustehe, und somit konsequenterweise wohl noch viel weniger andere Retentionen und Kompensationen. Bei zweiseitigen Geschäften erleide dies eine begreifliche Ausnahme.

Glück[86]), Weber[87]), Roßhirt[88]), Unterholzner[89]) nehmen an, der Pupill selbst sei überhaupt nicht obligiert, wohl aber dritte Personen, so daß Bürgen bestellt werden könnten. Novieren und durch Expromission befreit werden, könne aber der Pupill trotz Mangels einer Naturalobligation.

Man kann m. E. nicht annehmen, daß wirklich ein innerer

---

[83]) Windscheid, l. c. II, § 289. Anm. 4. 16.
[84]) Vgl. Anm. 73. 74.
[85]) v. Vangerow, l. c. I. § 279. Anm.
[86]) Glück, Comm. IV. S. 62 ff.
[87]) Weber, Natürliche Verbindlichkeit § 71.
[88]) Roßhirt, Zeitschrift für Zivil- und Kriminalrecht I. Heft 2. S. 130 ff.
[89]) Unterholzner, Schuldverhältnisse I. S. 157 ff.

Widerspruch in den Quellenstellen vorliege; denn wenn auch bei der Zusammenstellung der Digesten häufig genug nicht allzu kritisch verfahren sein mag, so wäre doch nicht recht begreiflich, wie eine so auffallende Antinomie den begutachtenden Juristen Justinians entgangen sein sollte; insbesondere da dicht vor der ersten der beiden citierten leges, die eine naturalis obligatio leugnen, eine solche angenommen zu sein scheint, nämlich in: l. 13. § 1. l. c. Es erscheint daher wohl richtiger, aus diesen Umständen zu schließen, daß es der römischen Auffassung in der That nicht widersprach, gewisse Rechtswirkungen, die an und für sich eine Obligation voraussetzen, an die sie sich anknüpfen, eintreten zu lassen, obwohl eine solche real nicht besteht. Die Äquitas, aus der jede naturalis obligatio entsprang, forderte auf der einen Seite, daß die durch ein Rechtsgeschäft übernommene Verbindlichkeit auch realisiert werde, und insofern blieb, wenn auch das Geschäft von seiten des Pupillen civiliter nichtig war, eine naturalis obligatio desselben bestehen — auf der anderen Seite aber forderte dieselbe Äquitas den Schutz der Jugend und Unerfahrenheit. Deshalb wurde die an und für sich aus den Geschäften resultierende naturalis obligatio des Pupillen, soweit für denselben daraus Konsequenzen gezogen werden konnten, die mit jenem Schutze kollidierten, in ihrem realen Bestande zerstört, derart, daß er nichts schuldete und nichts zurückfordern konnte, wenn er gezahlt hatte. Nichts anderes besagen denn auch die beiden citierten leges:

Neratius:

„ . . . . repetitio est, quia nec natura debet“

d. h.

er kann zurückfordern, weil er auch naturaliter nichts schuldet;

Rufinus:

„ . . . . ne quidem naturali jure obligatur“

d. h.

er ist auch natural nicht gebunden (deshalb kann er zurückfordern).

Die naturalis obligatio des Pupillen führt aber einen fiktiven Bestand weiter, und dieser genügt als Grundlage für solche Rechtswirkungen, aus denen Nachteile für den Pupillen nicht erwachsen können: deshalb für Bürgschaften[90]) — zur Novation[91]) — zum legatum nominis[92]) — zur Giltigkeit einer Zahlung nach erreichter Mündigkeit, sub tutoris auctoritate und seitens eines dritten[93]) — zur Aufhebung eines unter einer addictio in diem geschlossenen Kaufs[94]).

Das Ziel, auf das man ausging, war, dem Pupillen die soluti repetitio offenzuhalten; deshalb mußte seine naturalis obligatio außer Kraft gesetzt werden; denn eine soluti repetitio ließ sich mit deren Bestande nicht vereinigen. Das Recht des Gegenkontrahenten, Bezahltes zurückzuhalten, war jedenfalls die mindeste und unmittelbarste Wirkung jeder naturalis obligatio: l. 16. § 4. D. de fidejuss. 46, 1:

„naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest."

Die Möglichkeit einer Bürgschaft, Novation ꝛc. mochte man mehr aus der aequitas direkt ableiten, als erst auf dem Mittelswege durch die naturalis obligatio. —

Fehlt nun dem Gegenkontrahenten selbst das Recht der soluti retentio, so ist allerdings wohl konsequent, wie Bangerow es

---

[90]) l. 35. D. de recept. 4, 8. — l. 42. pr. D. de jure jur. 12, 2. — l. 2. l. 25. D. de fidejuss. 46, 1 etc.

[91]) § 3. J. quib. mod. toll. oblig. IV, 30. — l. 1. § 1. D. de nov. 46, 2.

[92]) l. 25. § 1. quand. dies 36, 2.

[93]) l. 42. pr. D. de jurejur. 12, 2. — l. 13. § 1. D. de cond. in deb. 12, 6. — l. 21. pr. D. ad leg. Falcid. 35, 2. — l. 65. pr. D. ad S. C. Trebell., 36, 1. — l. 25. § 1. D. quand. dies leg. 36, 2. — l. 95. § 2. D. de solut. 46, 3. — Der Erbe muß sich eine solche Zahlung in die Falcidische Quart einrechnen lassen: l. 21. pr. ad leg. Falc. 35, 2. — l. 44. de sol. 46, 3.

[94]) l. 14. § 3. de in diem add. 18, 2.

thut[95]), anzunehmen, es hätten ihm sonstige schwächere Retentions- und Kompensationsrechte auch nicht zugestanden. Ebenso ist zuzugeben, daß aus einem begreiflichen Grunde bei zweiseitigen Rechtsgeschäften des Pupillen hiervon eine Ausnahme gemacht werde[96]). Dieser begreifliche Grund ist aber doch wohl der, daß der Pupill, wenn ein solches nicht der Fall wäre, für sich ein Forderungsrecht aus demselben Vertrage herleiten könnte, den er gegen sich nicht gelten lassen wollte, daß er dann dolos handeln würde, weil er für nichts etwas zu erzwingen sucht.

Das Resultat ist also folgendes:

I. Die naturalis obligatio des Pupillen aus Rechtsgeschäften wird für seine Person negiert, derart, daß ihm gegenüber keine soluti retentio, sonstige Retentionen oder Kompensationen zustehen.

II. Die Retentions- und Kompensationseinreden, die dem Pupillen entgegenstehen, wenn er aus zweiseitigen Rechtsgeschäften klagt, ohne zu leisten, sind die Folgen des in solcher Handlungsweise liegenden Dolus.

III. Die naturalis obligatio des Pupillen wird als bestehend erachtet, wenn sie zur Bürgschaft, Novation, Zahlung nach erlangter Mündigkeit, tutore auctore etc. (s. oben S. 28) dienen soll.

Der so geschaffene Zustand entsprach durchaus der Billigkeit:

Ein Pupill verpflichtet sich durch Stipulation beispielsweise und zahlt auch aus. Wenn ihm hier nicht die sofortige soluti repetitio zustände, wie wäre er geschützt? Man will doch gerade verhindern, daß er in seiner Unerfahrenheit durch unlautere Machenschaften geschädigt werde!

Oder aber, er hat nicht gezahlt und klagt eine alte Forderung gegen den Kontrahenten ein; dann sollte ihm eine Kompensations-

---

[95]) v. Vangerow, l. c. I. § 279, Anm.

[96]) l. 7. § 1. D. de resc. vend. 18, 5. — l. 3. § 4. D. de neg. gest. 3, 5.

einrede entgegenstehen?! Das hieße ebenfalls der Spekulation auf die Unerfahrenheit Thür und Thor öffnen.

Ganz anders lag die Sache bei zweiseitigen Rechtsgeschäften des eigenmächtig handelnden Pupillen. Hatte er hier erfüllt, so stand ihm freilich aus denselben Billigkeitsgründen, wie oben, die soluti repetitio zu; hatte er aber nicht geleistet, so würde sich, wenn er ohne Gegenleistung hätte einklagen können, eine unmotivierte Härte für den anderen Kontrahenten, eine unmotivierte Begünstigung für ihn selbst ergeben haben. Der Schutz der Jugend in ihrer Vertrauensseligkeit war völlig dadurch erreicht, daß man dem Gegenpart das Klagerecht nahm und dem Kinde die soluti repetitio offenhielt. Ein Mehr wäre vom Übel gewesen[97]).

Von solchen Bedenken ging wohl auch Paulus aus, wenn er nach: l. 7. § 1. D. de resc. vend. 18, 5 (cit. oben S. 20) dem klagenden Pupillen gegenüber Retentionsrechte zulassen wollte[98]), und Justinian, wenn er dieser Ansicht des Juristen Gesetzeskraft verlieh.

Was die zweite hierher gehörige Quellenstelle betrifft: l. 3. § 4. D. de neg. gest. 3, 5: Ulpianus libro X ad Edictum:

> „Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum Divi Pii etiam conveniri potest in id, quod factus est locupletior; agendo autem compensationem eius, quod gessit, patitur,“

so erklärt Dernburg[99]) — der aus der lex 13. § 29. D. de act. empt. et vend. 19, 1 (cit. oben S. 19) und andere Ulpians[100]) folgert, daß dieser Jurist noch gegen die Gewährung irgend welcher

---

[97]) Ein Pupill, der durch starke körperliche Entwickelung täuschte, hätte sonst ein förmliches Raubsystem in Szene setzen können.

[98]) Dernburg, Kompensation S. 75, der allerdings mehr von der Seite des Gegenkontrahenten ausgeht, für den die causa des Vertrages ohne diese Retentionen der Realisierung ermangele.

[99]) Kompensation, S. 73. Anm. 2.

[100]) l. 5. § 1. D. de auctor. tut. 26, 8 u. a. m.

Exzeptionen für den Mitkontrahenten des Pupillen gewesen sei, weil er eine so wichtige Modifikation des Verhältnisses sonst wohl zweifellos erwähnt hätte — sie dahin, daß hier, bei der negotiorum gestio, ein besonderer Umstand insofern vorliege, als:

„begreiflicherweise die negotiorum gestio nur dann utilis sei und den Geschäftsherrn zum Ersatz der Auslagen des gestor nötige, wenn und soweit der Pupill bereit sei, für seine Geschäftsführung einzustehen".

Dieser Ansicht kann man sich m. E. nur in gewissem Maße anschließen:

Der Pupill wird aus der negotiorum gestio in keiner Weise verpflichtet. Wenn ihm nun, sofern er auf die Auslagen klagte, die Einrede entgegengestanden hätte: „die Geschäftsführung war für mich nicht utilis, wenn du nicht bereit bist, für dieselbe einzustehen," also aus dem Wesen der Utilität heraus, und demnach hier nichts gesagt wäre, als das, was schon ohne weiteres aus diesem Wesen der Utilität folgte, so hätte Ulpian dies doch sicherlich hervorgehoben. Zieht man aus dem Umstand, daß er in obigen Stellen von Retentionsrechten nichts erwähnt, den Schluß, er habe sie verworfen, so wird man m. E. wohl auch daraus, daß bei diesem besonderen Verhältnis von seiner Besonderheit nichts erwähnt wird, als auch ferner in Würdigung des scharfen Gegensatzes, der in dem „agendo autem" liegt, nicht mit Unrecht folgern, daß der dolus, der in solchem „agere" des Pupillen gelegen hätte, wenn er nicht auch selbst für seine Geschäftsführung einstehen wollte, die Kompensationseinrede begründete, und daß somit die lex ein Argument für die obige Ansicht ist.

Daß der Jurist Ulpian im übrigen trotzdem gegen Retentions- und Kompensationseinreden bei diesbezüglichen Rechtsgeschäften des Pupillen gewesen ist, könnte man ja allerdings wohl aus dem bei Dernburg angegebenen Grunde annehmen: denn die Besonderheit des erwähnten Verhältnisses, das darum auch eine besondere Billigkeit verlangte, war wohl die, daß ja der Geschäftsherr garnichts dazu thun konnte, wenn ein Pupill sich unberufen seiner Geschäfte

annahm, während er sich bei einem Vertrage eben vorzusehen hatte. Dagegen ist eine solche Annahme m. E. unnötig:

In l. 13. § 29. D. de act. empt. et vend. 19, 1 will Ulpian offenbar dem ganzen Zusammenhange nach (vgl. von § 25 an) mit den Worten „pupillum sibi non obligat“ nur sagen, daß gegen den Pupillen die actio empti nicht stattfindet, während der Pupill die actio venditi hat. Mit den Bedingungen dieser actio venditi beschäftigt sich Ulpian nicht näher. Paulus sagt ja auch in l. 7. § 1. D. de resc. vend. 18, 5 einfach „pupillus non tenebatur“, und später „ut scilicet ipse non teneatur“. Beides ist gleichwertig mit „non obligatum esse“, und doch erkennt Paulus die Retentionseinrede an. Sie ist m. E. demnach auch mit Ulpians Worten vereinbar, der sie nicht notwendig zu erwähnen brauchte.

Brandis[101]) sucht vergeblich diese lex mit der von ihm aufgestellten Ansicht, daß die dem Mündel gegenüber zustehende Einrede sich nur auf die Bereicherung beziehe, in Einklang zu bringen. Er sieht in dem „eius, quod gessit“ eine Zurückbeziehung auf das „in id, quod locupletior factus est“, und interpretiert so: Mit dem Reskript Antonins kann der Pupill bis zur Bereicherung beklagt werden, während er, wenn er selbst klagt, sich nur die Kompensation mit derselben gefallen lassen muß.

Diese Erklärung der Stelle ist m. E. überaus gesucht und wird weder dem „autem“, noch dem „agendo“, noch dem „quod gessit“ gerecht.

Die Exception, welche dem Pupillen gegenüber Platz greift, charakterisiert sich vielmehr allgemein als exceptio doli und geht auf die ganze Leistung.

## § 5.

### Zweiseitige Rechtsgeschäfte eines Hauskindes oder Sklaven.

Als negotia claudicantia waren aus dem Kreise dieser Geschäfte, wie oben (§ 1, II) erörtert, anzusehen:

[101]) Brandis in Lindes Zeitschrift Bd. IV. S. 161.

1. Zweiseitige Rechtsgeschäfte mit Hauskindern im älteren römischen Recht.
2. Zweiseitige Rechtsgeschäfte mit Sklaven.

Was die ersteren anbetrifft, so kannte wohl das älteste Recht eine Milderung der im „Hinken" des Geschäfts liegenden Unbilligkeit kaum. Später haftete der Vater, welcher ein Pekulium eingeräumt hatte, bis zum Belaufe desselben, peculiotenus; klagte er aber selbst, auf das Ganze, in solidum: l. 9. pr. D. de comp. 16, 2: Paulus libr. 32 ad Edictum:

„Si cum filio familias aut servo contracta sit societas et agat dominis vel pater, solidum per compensationem servamus: quamvis si ageremus dumtaxat de peculio praestaretur."

Die Annahme Savignys[102]), die actio de peculio gründe sich darauf, daß der Gewalthaber aus der Schuld seines Sohnes selbst verpflichtet, das Pekulium aber nur das Exekutionsobjekt gewesen sei, ist m. E. nicht unbedenklich. Sollte der Vater, der doch sonst durch Verträge seines Sohnes nirgends verpflichtet wird, dies durch Einräumung eines Pekuliums plötzlich werden?

„Der Gewalthaber — sagt Lenel[103]) — haftet ipso iure aus den Geschäften der Gewaltuntergebenen garnicht, und wenn ihn der Prätor de peculio . . . . . haftbar erklärt, so ist in diesen Worten nicht eine Einschränkung (der ipso-iure-Haftung), sondern die von vornherein gegebene Tragweite seiner (adjekticischen) Haftung ausgesprochen."

Durch die Einräumung einer solchen Dispositionsbefugnis war er naturgemäß bis zu ihrem Umfange, aber auch nur bis hierher, mitverpflichtet. Es liegt ja allerdings in einer solchen Einräumung die Übertragung der Dispositionsbefugnis über einen Teil des väterlichen Vermögens — aber doch auch nur über einen Teil. Warum aber in solcher Einräumung eine der emancipatio des

---

[102]) Savigny, Obligationenrecht S. 104. 105.

[103]) Lenel, Edictum perpetuum S. 227.

Sohnes diesbezüglich analoge Kraft gelegen haben soll, ist m. E. nicht abzusehen, und die hierhergehörigen Rechtsgeschäfte des Haussohns behalten somit den Charakter von klaudikanten bei.

Verloren hat sich derselbe erst, wie oben gezeigt wurde, im klassischen Recht[104]).

Was die zweiseitigen Rechtsgeschäfte eines Sklaven anbetrifft, so haftete, analog mit dem Vorigen, der dominus, wenn er beklagt wurde, garnicht bezw. nur peculiotenus[105]), klagte er aber selbst, aufs Ganze, mochte er nun ein Pekulium eingeräumt haben oder nicht:

l. 57. pr. D. de aed. edict. 21, 1. Paulus libr. V. Quaestionum:

„Si servus mancipium emit, et dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor daturus est, quam si omnia praestiterit, quae huic actioni continentur, et quidem solida, non peculiotenus. Nam etsi ex empto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur."

(Vgl. auch die zuletzt auf S. 33 citierte lex)[106]). —

Daß, soweit ein Pekulium eingeräumt war, von einer relativen Nichtigkeit solcher Geschäfte keine Rede sein kann, liegt auf der Hand; denn es besteht auf beiden Seiten ein Klagerecht. Aber auch in den anderen Fällen ist diese Ansicht aus den oben angegebenen allgemeinen Gründen (vgl. S. 14 f. § 3) schon der Konsequenz wegen zu verwerfen.

Die Kellersche Theorie ist aus den ebenfalls allgemeinen, oben angegebenen Gründen (vgl. S. 16, 17, § 3) m. E. zu ver-

---

[104]) Der Umstand, daß die Vollstreckbarkeit des Urteils gegen die Hauskinder illusorisch war, weil sie in der Regel kein Vermögen hatten, änderte dies nicht. Denn wenn ein Hauskind kein Vermögen erworben hatte, während es doch solches erwerben konnte, stand der Gegenkontrahent nicht anders da, als habe er sonst mit einem Insolventen ein Geschäft abgeschlossen.

[105]) Analogie nach l. 9. pr. D. de comp. 16, 2.

[106]) Vgl. auch l. 31. § 1. D. de reb. cred. 12, 1.

werfen, da sie auf einer irrigen Auffassung der zweiseitigen Rechtsgeschäfte überhaupt beruht.

Der Grund dafür, daß Vater und Herr, wenn sie selbst klagten, in solidum hafteten, ist vielmehr auch hier der dolus, der in solcher Klageerhebung liegen würde, sobald nicht auch ein Angebot der Gegenleistung erfolgte. Zu dieser Annahme paßt auch vollkommen die Bestimmung der angezogenen leges, daß Vater und Herr, wenn sie ihrerseits beklagt werden, nur peculiotenus haftbar seien: denn in diesem Falle kann begreiflicherweise von einem dolus keine Rede sein.

Was die Existenz einer naturalis obligatio aus dem Rechtsgeschäft betrifft, so könnte dieselbe gefolgert werden aus dem Umstand, daß, wenn „per imprudentiam" über das Pekulium hinausgezahlt wurde, die Zurückforderung versagt blieb[107]).

Eine solche Annahme ist aber nicht unbedingt nötig. War vom Vater oder Herrn gezahlt — ganz gleich, ob über den Belauf des Pekuliums hinaus oder nicht — stets mußte darauf hin von der anderen Seite die volle Gegenleistung gewährt sein oder werden. Aus einem Zurückfordern des über das Pekulium hinaus gezahlten hätte also unter allen Umständen die Absicht erhellt, für weniger mehr zu erhalten, und eine solche Absicht war dolos.

Es steht also nichts im Wege, die soluti retentio ebensowohl aus dem in einer solchen Zurückforderungsklage liegenden dolus, als aus einer in dem Vertrage selbst unmittelbar ihren Ursprung nehmenden Naturalobligation herzuleiten.

## § 6.

### Kauf einer res aliena, deren diesbezügliche Eigenschaft nur der Käufer kannte.

l. 34. § 3. D. de contr. empt. 18, 1: Paulus libro 33 ad Edictum:

---

[107]) l. 11. D. de cond. indeb. 12, 6.

„Item si et emptor et venditor scit, furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. Si emptor solus scit, non obligatur venditor; nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet. Quodsi venditor scit, emptor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur."

Auch hier erhält also der klagende Verkäufer nichts, wenn er nicht selbst leistet.

Der Annahme einer relativen Nichtigkeit steht entgegen:

1. daß auch hier der Quellenausdruck „non obligatur venditor" mit seiner konsequenten Ergänzung[108]) „obligatur emptor" ein scharfer und präziser ist;
2. daß, wenn die Stelle bedeutete, der Käufer habe die Wahl, entweder vom Vertrage abzugehen oder nicht (im Sinne der Gegner), die Worte „nec tamen" bedeutungslos wären. Wählte der Verkäufer die Existenz der Obligation, so mußte er ja selbstverständlich „id quod convenerit, praestare"; dann war dies ohne weiteres in dem Gewählten einbegriffen;
3. daß kein Sinn in das Wörtchen „ultro" gebracht werden könnte; denn wenn der Verkäufer gewählt hat, kann von einem leisten seinerseits „aus freien Stücken" nicht die Rede sein; und daß „ultro" hier deshalb steht, weil er eben garnicht verpflichtet ist, wird kein Unbefangener leugnen wollen. Keller[109]) sagt über die citierte lex folgendes:

„Wo ist hier die selbständige Gegenforderung des beklagten Käufers, kraft welcher er seinen Verkäufer zur Erfüllung anhalten kann?! Er hat gar keine Forderung und der Verkäufer ist ihm zu nichts obligiert. Dieser Käufer wird doch nicht sagen können, wie sonst die Gegner meinen: Ich bin dir wohl schuldig, was du forderst, aber du begehst einen dolus, indem du es forderst, ohne meine Gegenforderung zu erfüllen." —

---

[108]) Vgl. oben § 1. III. S. 6.

[109]) Jahrbücher des gem. Rechts Bd. IV. S. 352 ff.

Hierzu ist m. E. zu bemerken:

Die Gegenforderung des Käufers ist im vorliegenden Falle deshalb negiert, damit der Verkäufer nicht gezwungen werden soll, die res furtiva vom Eigentümer zu erwerben. Der Käufer kannte die diesbezügliche Eigenschaft der Sache, war also dolos, weil er den Vertrag bewußt, gleichsam mit der heimtückischen Klausel abschloß: „Du mußt mir dann den Kaufgegenstand — mir ist's gleich mit welchen Opfern — verschaffen." Daran nun, daß die Gegenforderung dieses dolosen Käufers erfüllt wird, liegt dem Rechte allerdings nichts. Wenn aber der Verkäufer klagt, ohne selbst erfüllen zu wollen, so sucht er sich dadurch auf Kosten des Käufers zu bereichern, und aus dem hierin liegenden dolus entspringt die ihm entgegenstehende exceptio[110]).

Brandis[111]) nimmt eine aus dem Vertrage restierende naturalis obligatio des Verkäufers an und will hieraus die exceptio ableiten. Der Käufer hat, argumentiert er, wenn er wußte, daß die Sache nicht mehr existierte, gar keine Forderung und somit auch keine exceptio[112]). Da er im vorliegenden Falle letztere nun habe, so müsse etwas von seiner Forderung übrig geblieben sein[113]) in Gestalt einer naturalis obligatio.

Es steht aber im ersten Falle dem Käufer mit vollem Rechte überhaupt keine exceptio zu, weder aus dem Vertrage selbst als solchem, noch aus einem in der Klageerhebung seitens des Verkäufers liegenden dolus. Das erste nicht, weil der Käufer ja bewußt einseitig versprochen hat; das zweite nicht, weil ja der Verkäufer beim besten Willen die Sache nicht liefern kann, und

---

[110]) Der Effekt ist freilich der, daß die Gegenforderung des Käufers erfüllt wird; es handelt sich aber darum, von welcher Seite die Römer das Verhältnis ansahen.

[111]) Brandis, l. c. S. 143 ff.

[112]) l. 57. § 2. D. de contr. empt. 18, 1.

[113]) So wenigstens ist wohl die m. E. nicht ganz klare Argumentation auf S. 143 l. c. zu verstehen.

in dem Wunsche desselben, bei dieser Sachlage die Gefahr nicht selbst zu tragen, ein dolus m. E. nicht zu finden ist.

Was aber den anderen — hier vorliegenden — Fall betrifft, so paßt die Annahme, es stehe dem Käufer die exceptio aus dem in seiner Klageerhebung liegenden dolus zu, nach dem oben Gesagten wohl. Den Bestand einer naturalis obligatio auf seiten des Verkäufers anzunehmen, erscheint schon deshalb unpraktisch, weil eine solche den Mann, wenn er geliefert hatte, in die größten Unannehmlichkeiten bringen konnte[114]). Lag dem Käufer soviel an der Sache, dann mochte er doch selbst hingehen und sie erwerben!

## § 7.

### Kauf einer vor Abschluß des Kaufvertrages ohne Wissen der beiden Kontrahenten ganz oder zum größeren Teil untergegangenen Sache.

l. 57. pr. D. de contr. empt. 18, 1. Paulus libr. V ad Plautium:

„Domum emi cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva, Cassius, Sabinus nihil venisse, quamvis area maneat: pecuniamque solutam condici posse ajunt. Sed si pars domus maneret, Neratius ait, in hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumptae permaneat; ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem; sed etiam quod forte solutum ab eo est, repetet. Sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit: tunc coarctandus est emptor venditionem adimplere, ae-

[114]) Es würde ihm dann beispielsweise, da ihm, in Konsequenz der angenommenen naturalis obligatio, die Repetition nicht offen gestanden hätte, nichts übrig geblieben sein, als die Sache von dem, dem sie gehörte, zu erwerben oder dem Käufer für Eviktion zu haften. Bei der hier vertretenen Ansicht dagegen träte weder zu dem einen noch zu dem anderen für den Verkäufer irgend welche Verpflichtung ein, da er ja auch naturaliter „non obligatus“ ist.

stimatione viri boni arbitratu habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur."

Auch hier ist relative Nichtigkeit für den zweiten der in der Quellenstelle behandelten Fälle angenommen worden[115]). Die Annahme stützt sich auf die Worte: „non compellatur emptor perficere emptionem"; dieselben sollen bedeuten: „Der Käufer habe die Wahl, den Vertrag als solchen anzuerkennen oder nicht."

Dem ist m. E. nicht so: Mit den streitigen Worten erspart vielmehr der Jurist nur die längere Ausdrucksweise: „emptor non obligatur (venditor obligatur); nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ipse praestet[116])." Der Ausdruck „emptio" bezeichnet den Kauf von seiten des Käufers aus betrachtet, etwa den „Ankauf", und „perficere emptionem" heißt soviel als „den Ankauf zu verwirklichen", nicht aber etwa: „den Kaufvertrag zu perficieren". Der Kauf selbst war perfekt mit seinem Abschluß. Nur die Benutzung oder Nichtbenutzung der gegnerischen Obligation steht in des Käufers Hand.

Die Gründe für die eigentümliche Entscheidung Tribonians[117]) — daß, falls der kleinere Teil des Hauses oder die Hälfte vor Abschluß des Kaufvertrages verbrannt ist, der Vertrag gelten, der Käufer aber ein Reduktionsrecht haben soll; und falls das Ganze oder der größere Teil vom Feuer verzehrt wurde, der Käufer aus dem Vertrage klagen kann, der Verkäufer aber nicht — scheinen die folgenden zu sein:

Der Käufer kann an dem Erwerb des Kaufobjekts, auch so, wie es sich nach dem Brande darstellt, ein Interesse haben[118]). Deshalb muß ihm jedenfalls die Möglichkeit bleiben, es einzu-

---

[115]) So v. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht S. 491. Anm. — Gürgens, l c. S. 57.

[116]) Analog der l. 34. § 1. D. de contr. empt. 18, 1 (cit.).

[117]) Vgl. hierzu oben S. 8.

[118]) Ihm kann ja beispielsweise beim Kauf mehr um das Grundstück, als um das Gebäude zu thun gewesen sein.

klagen, und somit eine Obligation des Verkäufers aus dem Vertrage bestehen bleiben. Die Identität des Kaufobjekts vor, mit dem Kaufobjekt nach dem Brande muß demgemäß festgehalten werden, da sonst der Kauf nichtig sein würde. Konsequenterweise müßte dann aber der Verpflichtung des Verkäufers auf seiten seines Gegenkontrahenten eine ebensolche entsprechen; der letztere müßte also jedenfalls bis zu dem Wert, den das Kaufobjekt nach dem Brande noch hat, obligiert sein.

Trotzdem scheint die Billigkeit andererseits zu fordern, daß ein Zwang, wie er hieraus für den Käufer resultieren würde, das Kaufobjekt, wenn auch gegen Preisreduktion, zu übernehmen, ausgeschlossen bleibe; denn es kann ihm nicht zugemutet werden, eine Ruine oder eine Stelle verbrannten Bodens anstatt des in Aussicht genommenen Hauses zu erwerben, wenn er nicht will.

Aus diesem Dilemma hilft sich Tribonian dadurch, daß er den gordischen Knoten, dessen Lösung schwierig oder unmöglich scheint, einfach mitten durchhaut. Ist das Ganze oder der größere Teil verbrannt, so kann der Verkäufer nicht mehr klagen, sonst wohl. Dem Käufer bleibt aber auch im letzteren Falle des oben wähnten eventuellen Interesses halber das Klagerecht.

Klagt er aber, so muß er ebenfalls voll erfüllen; denn er darf sich nicht auf fremde Kosten bereichern.

Unbenommen bleibt ihm natürlich, eine Preisreduktion zu vereinbaren. Wenn der Verkäufer hierauf nicht eingehen will, so mag ihm sein Häuserrest belassen oder aber, bei besonderem Affektionsinteresse auf der anderen Seite, mit dem vollen ursprünglichen Preise bezahlt werden.

Eine naturalis obligatio des Käufers aus dem Vertrage liegt nicht vor; sonst könnte ihm die soluti repetitio nicht offenstehen, während doch gesagt wird: „quod forte solutum ab eo est, repetet.“

# Anhang.

## § 8.

Zum Schlusse sollen noch einige Modifikationen erwähnt werden, denen die vorliegenden Rechtsgeschäfte im gemeinen Rechte unterworfen wurden.

Das Institut der Sklaverei ist diesem Rechte unbekannt, die Konsequenzen der römischen Servitus fallen also in ihm fort.

Inbetreff der Pupillen und Minderjährigen traten erhebliche Änderungen ein:

Das deutsche Recht des Mittelalters unterschied nämlich nur Mündige und Unmündige. Erstere waren selbständig und konnten sich frei verpflichten, letztere standen unter Vormündern und waren verpflichtungsunfähig. Eine einheitliche Altersgrenze war nicht gezogen[119]).

Nach der Rezeption zeigte sich eine Vermittelung zwischen dem römischen und deutschen Rechte notwendig und wurde auch durch die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 getroffen: „Den Pupillen und minderjährigen Kindern sollten bis zu ihren vogtbaren Jahren Vormünder und Pfleger gegeben werden." Der Zeitpunkt der Mündigkeit war nach römischem Rechte das 25. Lebensjahr[120]). Der Unterschied, den dasselbe zwischen Tutela und Cura, zwischen Impuberes und Puberes machte, blieb un-

[119]) Vgl. Kraut, Vormundschaft nach deutschem Recht I. S. 110 ff. II. S. 103 ff.

[120]) R. P. O. 1548. Tit. 31. § 1. — 1577. Tit. 32. § 1.

berücksichtigt. Jeder Minderjährige stand also unter Vormundschaft, und diese Vormundschaft war inbezug auf das Alter eine einheitliche[121]). Doch ist dies bestritten[122]).

Ebenso bestritten ist, ob sie inbezug auf ihre Rechtswirkungen betreffs der Handlungsfähigkeit der Bevormundeten eine einheitliche war. Einige derer, welche annahmen, daß durch die lex C. de in integrum restitutione (cit. oben § 2. S. 11) der Minderjährige, welcher unter einem Kurator stand, nur in seiner Veräußerungsfähigkeit beschränkt worden sei, wollen dies auch für das gemeine Recht festgehalten wissen. Nach ihnen wäre also jeder Pubes — da alle unter Vormündern stehen müssen — veräußerungsunfähig; aber auch nur dies allein. Sonstige Verpflichtungsgeschäfte soll er unbeschränkt ohne Mitwirkung des Vormundes einzugehen imstande sein[123]).

Es ist dies jedoch kaum anzunehmen. Nach deutschem Recht war, wie oben erwähnt, Jeder, der unter einem Vormunde stand, verpflichtungsunfähig, und da zur Zeit der Rezeption jedenfalls die Meinung vorherrschte, daß die angezogene lex die Verpflichtungsunfähigkeit des Minderjährigen ausspräche[124]), ist es wahrscheinlicher, daß die Reichspolizeiordnungen, die doch zwischen den beiden Rechten eine Vermittlung treffen sollten, als Norm eine Verpflichtungsunfähigkeit festsetzten. Für diese Ansicht haben sich denn auch selbst von denen, welche inbetreff des römischen Rechts der anderen waren, mehrere ausgesprochen[125]).

---

[121]) Vgl. Dernburg, Pandekten III. § 40. — Wächter, Pandekten I. § 48. BB. u. a. m.

[122]) Vgl. z. B. Rudorff, l. c. II. S. 291. — v. Vangerow, Pandekten I. § 291. Anm. 2. a. E. — Marezoll, in der Gießen. Zeitschrift II. S. 446 u. a. (cfr. v. Vangerow, l. c.).

[123]) Die in der vorigen Anm. Citierten.

[124]) Vgl. die in Anm. 36 Citierten.

[125]) Z. B. v. Savigny: Schutz der Minderjährigen im röm. Rechte, in den „Vermischten Schriften" II. S. 292 ff. — Kraut, l. c. II. 97. 105 f.

Hauskinder bleiben im Gegensatz zum römischen Recht[126]) auch nach der Pubertät verpflichtungsunfähig bis zum 25. Jahre. Als Vormund galt der Vater.

Das Reichsgesetz vom 7. Februar 1875 setzte die Grenze der Minderjährigkeit auf das vollendete 21. Lebensjahr. —

Aus der Reihe der negotia claudicantia ausgeschieden sind also im gemeinen Recht die zweiseitigen Rechtsgeschäfte mit Sklaven. Erheblich erweitert ist die Klasse derartiger Geschäfte mit minorennen Personen.

Der Charakter des ganzen Geschäftes bleibt derselbe wie im römischen Recht und läßt sich nochmals dahin zusammenfassen, daß aus derartigen Geschäften der eine Kontrahent klagen konnte, der andere nicht. Klagte der Berechtigte aber, so mußte er auch seinerseits leisten, da er sonst dolos gehandelt hätte.

Modifikationen dieser wenig praktischen Konsequenzen blieben der Landesgesetzgebung vorbehalten[127]).

---

[126]) Nach röm. Rechte wurde das Hauskind mit der Pubertät verpflichtungsfähig. Man rechnete das 15. Lebensjahr als erstes Jahr der Reife: vgl. § 1. II u. § 5.

[127]) So verordnet das preuß. Ges. über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vom 12. Juli 1875, daß der Gegenkontrahent den Vormund auffordern darf, seine Genehmigung zu erteilen. Verweigert er dieselbe oder erklärt er sich binnen 14 Tagen nicht, so wird der Gegenkontrahent frei. — Vgl. ferner A. L. R. I. Titel V. § 13. Titel XI. § 42 u. hierzu Anm. Kochs in seinem Comm. desselben; auch Koch, Privatrecht II. § 674. A. III. 1 und Anm. 20 inbetreff einer zum Teil vor Abschluß des Kaufvertrages ohne Wissen der Kontrahenten untergegangenen Sache.